

tecnologia capaz de impedir qualquer violação, até mesmo a infiltração dos *flashs* dos fotógrafos mais afoitos.

O crime existe. É real. A proteção ideal pode se estabelecer pela persuasão, ou pelo emprego de tecnologia. Insuficientes ou ineficazes tais recursos, o uso de armas será, queiramos ou não, medida extrema de proibição ineficaz.

Artigos Doutrinários

Remédios Constitucionais contra Punições Disciplinares Militares

Gláucio Ferreira Maciel Gonçalves*

A Constituição estabelece uma série de garantias constitucionais, entendidas como instrumentos destinados a assegurar o gozo de direitos violados. Entre elas está o *habeas corpus*, o mandado de segurança, o *habeas data*, o mandado de injunção, a ação popular e o direito de petição. As garantias fundamentais são, na essência, formas de limitar a atuação do ente público que age com ilegalidade ou com abuso de poder. Tendo em conta a função reparadora de um direito infringido ou em vias de ser, costumou-se chamar as garantias constitucionais de remédios constitucionais, os quais correspondem às demandas constantes da Constituição que têm por objetivo proteger os direitos subjetivos do cidadão.

O mais conhecido e utilizado remédio constitucional é o *habeas corpus*, que, nos termos do art. 5º, LXVIII, da Constituição, visa à proteção da liberdade de ir e vir do cidadão, tolhida por ato ilegal ou praticado com abuso de poder. É cabível o *habeas corpus* tanto em relação à prisão já caracterizada – ação repressiva – quanto em relação à ameaça de prisão pelas circunstâncias observadas caso a caso – ação preventiva.

A prisão pode ter natureza penal e não-penal. A prisão penal se subdivide em prisão definitiva, decorrente de uma sentença criminal passada em julgado, e prisão processual, que tem por objetivo garantir o resultado útil do processo criminal e é antecedente da decisão transitada em julgado. Os casos de prisão processual

* Juiz Federal da 1ª Vara de Juiz de Fora/MG. Mestre e doutorando em Direito Constitucional pela UFMG.

estão expressamente previstos na lei penal e ela pode se dar em flagrante delito e nas formas preventiva e temporária.

A prisão não-penal é aquela que advém pelo descumprimento de uma obrigação civil ou administrativa. A inadimplência no pagamento de alimentos e a não-entrega da coisa dada em depósito judicial são espécies de prisão não-penal, as quais, não obstante cabíveis e excepcionadas no texto constitucional – art. 5º, LXVII –, dependem de decisão judicial pelo juízo de família ou pelo juízo em que se verificar a condição de depositário infiel.

Também é uma espécie de prisão não-penal a prisão disciplinar, a qual ocorre em virtude de transgressão das normas militares e está prevista também na Constituição – art. 5º, LXI. Aliás, após a promulgação da Constituição de 1988, esse é o único caso possível de prisão administrativa que, por isso mesmo, independe de decisão judicial, tal como a prisão em flagrante, possível de ser concretizada por qualquer do povo, na linguagem do Código de Processo Penal.

Característica peculiar da prisão disciplinar é, em princípio, a impossibilidade de discussão do ato pela via do *habeas corpus*, tal como está previsto no art. 142, § 2º, da Constituição, remédio tradicionalmente utilizado para proteger o direito de ir e vir. Costuma-se questionar referida norma, que seria incompatível com a prevista no art. 5º, LXVIII, da Constituição, instituidor de garantias constitucionais do cidadão, sendo, portanto, inconstitucional. No entanto, essa inconstitucionalidade não existe, porque ambas são normas constantes do texto originário da Constituição. Não sendo possível admitir no direito brasileiro normas constitucionais inconstitucionais, ou seja, choque de regras de mesma hierarquia, tem-se entendido que a vedação do *habeas corpus* para discutir prisões disciplinares é uma exceção à regra do cabimento do referido remédio, constante da parte referente aos direitos e garantias do cidadão.

A vedação da utilização do *habeas corpus* para as prisões disciplinares militares não é, todavia, absoluta. Embora não possa ser discutido o mérito da punição aplicada – e esse é o teor da norma constante do art. 142, § 2º, da Constituição –, ao juiz é permitido analisar os pressupostos extrínsecos do ato administrativo. Assim, aspectos formais, que funcionam como pressupostos de aplicação da punição, tais como a incompetência do agente, a inobservância do direito de defesa e a ausência do devido processo legal, podem ser questionados em juízo.

O Supremo Tribunal Federal, escudando-se na doutrina de Pontes de Miranda, já teve ocasião de analisar *habeas corpus* contra punição disciplinar militar, ao decidir o HC 70.648/RJ (DJ 04/03/94), relator o sr. Ministro Moreira Alves. Entendeu a Corte que a norma restritiva da Constituição de 1988, que guardava idêntica imposição na Emenda 1/69, não impede que se examine a ocorrência dos

quatro pressupostos de legalidade dessas transgressões – a hierarquia, o poder disciplinar, o ato ligado à função e a pena susceptível de ser aplicada disciplinarmente.

Não há, portanto, dúvidas de que o militar do Exército, da Marinha e da Aeronáutica punido administrativamente pode perfeitamente utilizar o remédio constitucional do *habeas corpus* para tentar livrar-se da prisão. Qual seria, então, o juízo competente para processar e julgar o *habeas corpus*, o federal comum ou o especializado militar? A interpretação sistemática dos arts. 124 e 109, VII, da Constituição leva a crer que é da Justiça Comum Federal a referida competência. Isso porque a Constituição disciplinou que à Justiça Militar competiria somente processar e julgar os crimes militares definidos em lei, ou seja, limitou a competência ao julgamento dos crimes militares. No caso, não se trata de crime, mas sim de prisão disciplinar, de forma que é de aplicar-se a norma do art. 109, VII, da Constituição, segundo a qual compete à Justiça Comum Federal o julgamento de *habeas corpus* se o constrangimento provier de autoridade cujos atos não estejam diretamente sujeitos à outra jurisdição. Nesse sentido, decisões do Tribunal Regional Federal da 4ª Região, no RCR 2001.71.02.00.0271-0/RS (j. 24/05/01), relator o Sr. Desembargador Federal Vilson Darós, e na QOHC 2000.04.01.047348-8/RS (j. 15/06/00), relatora a Sra. Desembargadora Federal Tânia Escobar.

Pelos termos da Constituição, a possibilidade de utilização do *habeas corpus* para discutir ato ilegal ou praticado com abuso de poder afasta o cabimento do mandado de segurança. Contudo, sendo ainda incipiente a jurisprudência a respeito da possibilidade de discussão da prisão disciplinar por meio do *habeas corpus*, não obstante o citado precedente do Supremo Tribunal Federal, tem-se admitido o questionamento do ato, que é administrativo, na via do mandado de segurança. Embora sem decisão explícita sobre o cabimento do mandado de segurança, o Superior Tribunal de Justiça já conheceu de algumas demandas dessas, por exemplo, ao julgar o RMS 3.302/RO (DJ 29/11/99) e o RMS 12.619/GO (j. 20/02/03), relator de ambos o Sr. Ministro Vicente Leal.

É de registrar-se, ainda, que em vários pedidos judiciais nos quais se discute a punição, o militar não se limita a requerer a liberdade, cumulando o pedido de soltura com o pedido de anulação do registro da punição na sua ficha funcional. Considerando que o *habeas corpus* é cabível somente para proteger o direito de ir e vir, conclui-se que o pedido de anulação da punição pode perfeitamente ser formulado por meio de mandado de segurança, embora a anulação do registro possa ser determinada ao se resolver o *habeas corpus*, porque é uma simples consequência do seu deferimento.

Não se pode esquecer que o preso em decorrência de transgressão disciplinar militar tem o mesmo direito de um preso normal, ou seja, de ter comunicada à sua família ou à pessoa que indicar a sua prisão, de ser informado dos motivos da prisão, de ser assegurada a assistência da família e de advogado e de poder se defender, ainda que em processo sumário, como é próprio da cena militar.

Seria bom que tanto Marinha quanto Aeronáutica unificassem com o Exército a forma de processamento das transgressões militares. Por meio do Decreto 4.346/02, o Exército instituiu um procedimento simples e eficaz, que coaduna com os princípios da vida militar, para a verificação da punição e para o seu julgamento. O anexo IV do referido decreto traz instruções para padronização do contraditório e da ampla defesa nas transgressões disciplinares, garantindo três dias úteis prorrogáveis para o militar se defender e também prazo para que ele possa produzir as provas que julgar necessárias à sua defesa.

Outro ponto que merece discussão diz respeito a penalidades administrativas permanentes. Em alguns casos, há previsão em norma interna de pena perpétua administrativa, como a exclusão definitiva de curso de Oficial de Náutica da Marinha Mercante caso o aluno abandone o estágio final, em alto-mar. Ora, a pena de caráter perpétuo foi expressamente proibida pela Constituição, no art. 5º, XLVII, *b*). Conquanto a norma tenha sido editada para casos de prisão perpétua, sua melhor interpretação permite concluir que a pena de caráter perpétuo também não pode ser aplicada na esfera administrativa. A propósito, decisão do Supremo Tribunal Federal no RE 154.134/SP (*DJ* 29/10/99), da relatoria do Sr. Ministro Sydney Sanches. A solução para casos dessa espécie é instituir uma sanção temporária, mas não definitiva, por esbarrar na mencionada garantia constitucional.

Conclui-se, portanto, que a prisão militar é juridicamente possível, mas com respeito às garantias constitucionais, de forma que o servidor tem o direito de ser informado dos respectivos motivos, de ter comunicada à pessoa que indicar a sua prisão, de ser assistido por advogado e, o principal, de se defender administrativamente. Os regulamentos disciplinares da Aeronáutica e da Marinha foram editados há muito e, em alguns casos, não contemplam o prévio direito de defesa, devendo, então, ser adaptados à Constituição de 1988, como o fez o Exército. E não se pode jamais esquecer que o preso militar tem à sua disposição tanto o *habeas corpus* quanto o mandado de segurança para discutir os aspectos formais da prisão.